

# アメリカ連邦最高裁の役割に関する一考察

——セイヤー理論とペリー理論との交錯を中心にして——

大 林 文 敏

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 セイヤーの自己抑制理論
- 三 司法的ミニマリズム対非ミニマリズム
- 四 若干の考察
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

アメリカの法学教育者としてのみならず、憲法学者として著名なセイヤー (James Bradley Thayer, 1831-1902) は、ほぼ一〇〇年前前に司法の自制論 (judicial self-restraint) を説いた、「憲法についてのアメリカン・ドクトリンの起源と範囲」<sup>(1)</sup> (以下「起源と範囲」という) と題する論文をあらわした。この論文は、「アメリカ憲

法について書かれた、もっとも影響力のある論文<sup>(2)</sup>と評されたり、あるいは「この論文は司法審査を現代的に考察する出発点、すなわち現代憲法分析のあけぼのとしてみる事ができる<sup>(3)</sup>」ともいわれている。それは、司法審査権を行使する裁判官に重要な指針をあたえたばかりでなく、後の社会改革立法を擁護しようとした裁判官に大きな影響力をあたえたからであろう<sup>(4)</sup>。

セイヤー論文がこの世にでてから約一〇〇年間で、アメリカの司法審査制は大きく変貌したように思われる。それをごく簡単にいっても、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて実体的デュー・プロセス論により多くの社会経済立法が違憲とされ、ニュー・ディール期には憲法革命を経験し、ウォーレン・コート期には司法による政治改革がなされ、また七〇年代からはプライバシー権保護にかかわる実体的デュー・プロセス論が再現し、さらに権力分立原則をめぐって新たな訴訟が提起されたりした。

このように著しい変貌をとげつつ、発展してきた現代アメリカ憲法学において、「もっとも影響力のある」といわれたセイヤー論文はいまだにその存在意義をもっているのであろうか。もしもっているとすれば、それはどのようなものか。幸いにも、セイヤー論文の一〇〇年目を記念して、一つのシンポジウム<sup>(5)</sup>が開催された。本稿では、そこに参加した一人、ペリー(Michael J. Perry)を取り上げてセイヤー理論との交錯に焦点をあててみた。そこで二では問題となったセイヤー論文を要約し、三ではペリーがセイヤー理論をどのように吸収し、発展させたか、彼の論文を概観し、四において若干の考察を加え、さいごに全体を結ぶという構成を本稿はとっている。

注(1) James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L.

- (2) Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 7 (1983). 同様な指摘を「そのものごとく」LEONARD W. LEVY ED., JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT 43 (1967).
- (3) Neil K. Komisar, *Slow Learning in Constitutional Analysis*, 88 NW. U. L. REV. 212 (1993).
- (4) いち早くセイヤー理論に着目し、わが国に紹介したものとして、芦部信喜・憲法訴訟の理論三三五頁以下(一九七三)
- (5) Symposium, *One Hundred Years of Judicial Review: The Thayer Centennial Symposium*, 88 NW. U. L. REV. 1 (1993).

## 二 セイヤーの自己抑制理論

まず、本稿の前提となるセイヤーの「起源と範囲」の論文がいかなる内容なのかをみなければならぬ。それは五つの節から成り立ち、全部で二八頁足らずの、いわば小論文の部類に属するものといつてよいであろう。以下、セイヤー論文を各節ごとに要約してみた。

(一) 論文の冒頭においてセイヤーは、司法部が立法を違憲と宣示し・無効とすることをアメリカン・ドクトリンと称し、このアメリカン・ドクトリンがどのようにあらわれ、かつその本来の範囲はどのようなものかという問題を提起する。彼は歴史をひもときながら、州憲法が明文をもってかかる権限を裁判所に付与していないことは紛れもない事実であると指摘する。たとえば、ギブソン(Mr. Justice Gibson)判事によれば、連邦憲法六条二節によって合衆国にはこの権限(司法審査権)を認めるが、州憲法にはこのような権限を拒否している。それで

はどのようにしてこの権限が採用されるようになったのであろうか。それは、「おもに独立戦争以前の政治的経験という自然の成行きにあった。すなわち、植民地として英国の国王から統治に関する成文のチャータによって支配されていた」<sup>(1)</sup>ことから生じたものであった。

ところが、独立戦争が終結したのは、イギリス本国との紐帯が絶たれ、外在的な権力はもはや存在せず、かわって人民自身が主権の担い手となった。ここに新しい問題が生じてきた。すなわち、もしある機関が憲法に従わない場合には、憲法をどのようにして遵守させるのかという問題である。この場合、旧来のやり方と考え方がそのまま用いられた。たとえば、コネティカット州やロードアイランド州のようにチャータがそのまま憲法と宣言され、憲法に違反する法律を裁判所が無効と宣言した事件もあった。しかしながら、このような司法権のやり方が広く承認されていたわけではない<sup>(2)</sup>。にもかかわらず、憲法に違反するがゆえに立法を無効とする原則が存続したのは、独立革命期の人々の中にはそのような理論に好意をいだいたことや、立法が根本的な道德律 (fundamental maxims of morality) または自然法 (laws of nature) に違背するならば、裁判所はそのような法律を無視することができると考えたからであらう<sup>(3)</sup>。

(二) つぎにセイヤーはこれまでの歴史的考察にかえて、司法審査があらゆる所で確立をみたとき、裁判所はどうあるべきかという問題に移る。セイヤーは厳格な権力分立原則を定める州憲法を引き合いに出しながら、司法権の範囲を、「裁判所に適切に提起された訴訟上の問題を単に解決するために、問題となっている〔議会などの〕特定の権限行使が憲法により禁止されたものか否かを決定する」<sup>(4)</sup>ことにあるという。つづけて、司法の抑制的姿勢を説く一方で、立法部にはかなり広範な権限が是認されていることを指摘する。

さらに、司法の扱う問題の性質がこのようなものであるから、議会による事前の決定 (preliminary determina-

tion)はきわめて重要な事柄となる。というのは、憲法はこのような決定を議会に明確に委ねている。……憲法は問題に対する事前的決定を議会に委ねているだけでなく、この決定が最終的な決定になるであろうと期待している。<sup>(5)</sup>

このようにのべるセイヤーは、司法的判断がなされないままに立法部の決定が最終的な決定にいたった具体例をいくつか指摘する。このことは、換言すれば、訴訟にならないかぎり議会は法律を定立するのみならず、国家にきわめて重要な影響を及ぼす憲法解釈の権限をも有することを意味する。かかる重要な権限を委ねられた議会に対しては、相応の敬意、すなわち単なる形式的な敬意ではなく、「政策と法 (policy and law)」による確固たる根拠にもとづいた敬意を払わなければならない。しかも、裁判官は違憲の法律を審査し、是正する機会はきわめて限定されているのであるから、裁判官が議会をコントロールする範囲も限定されてしまうのである。

以上のように議会との対比で裁判所の権限を極力限定しようとするセイヤーの姿勢は、つぎの裁判所の任務にもあらわれている。セイヤーによれば、裁判で陥りがちなのは、議会で考慮した事柄 (legislative consideration) を無視して憲法や法律の文言を形式論理的に取り扱ってしまうことである。そうならないために、裁判所は全く異なった観点から物事をみる、「司法審査権」行使のルール (rule of administration) を伴わなければならない<sup>(5)</sup>というのである。

(三) 右の「行使のルール」が具体的に何を意味するかはつぎの第四節に詳述されており、この第三節はもっぱら歴史上「行使のルール」が存在していたことを指摘することにとどまり、いわば第四節への橋渡しの役目をしている。セイヤーは憲法の最高規範性を説く論者を引き合いに出しながら、一八〇三年の *Marbury v. Madison* 事件にふれて、つぎのようにのべている。

人々は議会に対して明文上の限界 (written limitations) を定めた。これらが「憲法に」矛盾するすべての法律

をコントロールする。このような法律 (Acts) は、法 (Law) ではないのである。かかる理論は成文憲法に本来備っているものである。すなわち、何が法であるのか、また二つのルールが抵触していたら、いずれが適用されるかを言明しなければならないのが裁判所である。裁判所は憲法に違反する法律を無効と宣言しなければならぬ。そうしないとこの文書〔憲法〕は無に帰してしまふ。しかも連邦の文書〔連邦憲法〕の中にはかかる権限が明文で付与されている。<sup>(6)</sup>

このように司法審査権の存在を指摘するセイヤーは、ついでその行使のあり方、すなわち「行使のルール」について論じている。セイヤーによれば、当該ルールの起源はきわめて古く、一八二一年には完全に定着をみたと考えている。このことを立証するために、同年のティルフマン (Tilghman) 判事の言葉、すなわち「憲法に違反することが、合理的な疑い (reasonable doubt) の余地のないほど明白 (manifest) でないかぎり、議会の制定法を無効と宣言することはできない」という言葉を引用し、そこに「行使のルール」の確立を見いだすのであった。<sup>(8)</sup>

(四) 本論文の中核をなす第四節において、セイヤーは歴史と理論の両方を駆使して、彼のいう「行使のルール」の内容を明らかにしようとしている。彼によれば、裁判所が法律を無効とすることは通常の裁判の領域を越えた機能を果たすことなのである。憲法や法律の規定の意味を確定し、両者の抵触の有無を学問的に判断したとしても、あるいは正当な解釈にもとづいてある法律を違憲と結論したとしても、それだけで当該法律を無効とすることができようか。この点について、セイヤーはつぎのようにのべている。

これがまさに裁判所の定めている行使のルールの意味 (significance) である。法律を制定する権限を有する者が誤り (mistake) をしただけでなく、きわめて明白な誤り (very clear) —— すなわち、誤りがあまりにも明白であ

るために、合理的な疑い (rational question) の余地のないほどのもの——をおかした場合にのみ、裁判所はその法律を無視する (disregard) ことができる。これは、裁判所が議会の制定法に対してとるべき基準 (standard) となる。これが裁判所の適用するテスト——すなわち、合憲性 (constitutionality) についての裁判所自身の判断となるばかりでなく、憲法が法律制定の義務をゆだねた他の機関 (議会) に対して、いかなる判断が許されるかについての裁判所の結論——となる。<sup>(9)</sup>

後世に大きな影響を及ぼすことになった、「明白な誤り (clear mistake)」の基準とか、あるいは「合理的な疑い (reasonable doubt)」の基準とかいわれる基準が、このようにして提示されたのである。この「行使のルール」を支持すべき理由として、セイヤーはつぎの諸点をかけている。複雑にして広汎な政治上の諸要求を勘案すると合憲性の判断は人によって異なること、憲法は多くの場合その判断に幅をもたせていること、そしてその場合議会对判断の選択を委ねておりその選択が合理的であるかぎり合憲となること、である。セイヤーはこのルールに対する幾人かの批判者にも目を向けるが、結局このルールが歴史上一般的に支持されてきたことを詳述する。

いま一つ、第四節で着目すべき点は、彼のいう「合理的な疑い」とは誰のどの程度の疑いを意味するのかという点である。結論的にいえば、裁判官のいう「合理的な疑い」とは、「有能で、かつ十分に教育を受けた者がその問題に自分の能力をいかに発揮しても、その者の心に残る合理的な疑い<sup>(10)</sup>」をいう。しかしその際、議会の判断をどう評価するかが問われなければならない。この点につきセイヤーは、議会の中には軽卒で、無能な者もいるけれども、「有徳 (virtue)、良識 (sense)、および適切な知識 (competent knowledge) は常にその部門 (議会) に所属していると考えるべき<sup>(11)</sup>」であるから、結局合理性の判断にあたって議会の判断を尊重せざるをえなくなる。のみならず、裁判所にとって「最終的な問題は、何が憲法の真の意味か (true meaning of the constitu-

tion)ではなく、当該立法が支持しうるか否か<sup>(12)</sup>の問題である。言いかえれば、裁判所がある法律を合憲と判断する場合、合理的な疑いがないから違憲ではないという意味にとどまり、裁判所による真の憲法解釈を意味するものではない。セイヤーにとって裁判所が違憲の判断を下すことは、まさに「政治的領域 (region of political administration)」に触れる事柄であり、したがって司法審査権の行使にはその必要性和正当性が伴わなければならない<sup>(13)</sup>。裁判所は「立法者のあとがまにすわってほならない」のである。

(四) さいごの第五節は補足的な説明にとどまっている。裁判所が法律の合憲性を判断する三つの場面、すなわち、(1)裁判官が同格の部門の行為の有効性を判断する場合、(2)勧告的意見にみられるように他の部門に対する助言者 (advisers) として行動する場合、(3)連邦と州の関係のように同格でない部門の行為を取り扱う場合、をそれぞれ区別する必要があることを唱えている。セイヤーによれば、(1)の場合が通常の形態であり、前述のルールが妥当する場合であるという<sup>(14)</sup>。

繁簡よろしきを得ない整理となったけれども、以上がセイヤー論文の概略であり、セイヤーのいわんとする所がほぼ摘示できたのではないかと思う。この論文が発表された時期には想定されえない程に、アメリカの司法審査制度はその後大きく変貌したことは、「はじめに」にも簡単に指摘しておいた。現代の司法審査にとって、ほぼ百年前のセイヤー論文はどのような意味をもっているのだろうか。次節では、ペリー論文を通して裁判所のあべき役割論を考えてみたい。

(注一) James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 130 (1893). 植民地のチャータは種々の手段によって施行されていた。しかし最後の手段として、



英国の裁判所によって植民地の諸政策を判断することになっていたから、植民地の裁判所は、植民地の法律がチャーターに抵触する場合には、当該法律を無効とした。

- (2) *Id.* at 132. たとえば、ヴァーモント州やコネクティカット州では、司法審査に否定的な見解が多かった。
- (3) *Id.* at 133.
- (4) *Id.* at 135.
- (5) *Id.* at 138.
- (6) *Id.* at 139.
- (7) *Id.* at 140.
- (8) セイヤーが最後に引き合いにだす裁判官が、一八二二年の *Chancellor Waties* 判事の言葉である。 *Waties* 判事は立法部への敬譲と、明確性の原則とともに強調している。

(9) *Supre* note 1, at 144.

(10) *Id.* at 149.

(11) *Id.* at 149.

(12) *Id.* at 150.

(13) *Id.* at 152.

(14) *Id.* at 153. 勧告的意見は、単なる裁判官の個人の意見にすぎず、何の法的権威のない判断であり、合理的な疑いのルールはここには適用されない。連邦制にまつわる問題は、権限分配の問題にはかならず、ここでは裁判所に憲法の正当かつ真の解釈が要請される、という。これからもわかるように、セイヤーはすべての領域において、明白な誤りの基準を適用しようとしたものではない。

### 三 司法的ミニマリズム対非ミニマリズム

右に要約したセイヤー論文「起源と範囲」をめぐって、様々な視点から分析することが可能であろう。<sup>(1)</sup>たとえば、セイヤー理論の登場した社会的背景を分析するもの、セイヤーの「明白の誤りの基準」を分析するもの、司法過程と政治過程との異同を検討するもの、セイヤー理論の見落した「利益団体論 (interest group theories)」から司法審査制度を分析するもの、などである。しかしここでは、裁判所、とくに連邦最高裁 (以下、単に最高裁という) の適切な役割はいかにあるべきかという論点を取り扱っているペリー論文に焦点を絞って、セイヤー理論との交錯を探ってみたいと思う。

(一) 近年のアメリカの憲法解釈をめぐる論争の一つは、単純化して示せば、解釈主義対非解釈主義 (interpretism v. noninterpretism)、あるいは原意主義対非原意主義 (originalism v. nonoriginalism) という対立軸をめぐって展開してきており、このことはわが国においてもつとに指摘されてきた。<sup>(2)</sup>ペリーによれば、「現代 (アメリカ) の憲法理論に関する論争にとってもっとも重要な問題は、原意主義対非原意主義にかかるものではなく、ましてやテキスト主義対非テキスト主義 (textualism vs. nontextualism) にかかわるものではない」<sup>(3)</sup>、「裁判所がどのような役割を果たすべきか」<sup>(4)</sup>という問題であるという。もっとも右の引用文は前後の文脈を無視したものであり、ペリーのいわんとするところを正確に表わしていない。しかしながら、彼が裁判所の適切な役割 (司法役割論ともいう) の重要性を強調し、そのための新たな対立軸として司法ミニマリズム対非ミニマリズム (judicial minimalism vs. nonminimalism) を提唱していることは、私にはきわめて興味深く思われた。そこで以下

において、セイヤー論文を念頭におきつつ、ペリー論文の論旨をできるかぎり忠実にたどり、その後に私なりの若干の分析を加えてみた。

(二) これはペリー論文の特徴の一つともいえようが、彼独自の概念や分析枠組を設定して論述するところがみうけられる。彼の論旨を正確に理解するためにも、内容に立ち入る前に必要な範囲内でこれらの点について概説しておく必要があろう。

まず第一に、「法」テキスト(text)——たとえば法律(statute)、憲法規定(constitutional provision)‘または先例たる判決文(prior judicial opinion)をさす——と「法」規範(norm)とを区別するという基本姿勢をとっていることである。<sup>(5)</sup>ペリーによれば、法テキストは政治共同体において曖昧かつ不明瞭で、テキストがどのような規範を表わしているかは必ずしも明らかではない。そこでテキストを解釈し、あるいは解読し(translate or decode)、テキストの意味を確定することによって、すなわちテキストが表わしている規範ないし「法的」指示(directive)<sup>(6)</sup>を確定することによって、当該テキストを理解できるものにする。こうした作業を「解釈的探究(interpretive inquiry)」と呼んでいる。

第二に、「テキストの解釈(interpretation of a text)」と「規範の具体化(specification of a norm)」とを区別する点である。テキストの解釈については若干右にふれたが、後者については「適用」という言葉を用いずに、「具体化(specifying)」——「特定化」、「明確化」とも訳すことができよう——という概念を用いて説明している点が注目される。<sup>(7)</sup>ペリーによれば、たとえばあるテキストが特定の「規範」を表わしたとしても、個別事件との関連(context)において、規範そのものが明らかであるとは限らない。つまり、当該事件(あるいは当該紛争)をどのように解決すべきかをめぐって意見の食い違う場合があり、そのようなときには紛争を決定づける規範あ

るいは指示を具体化しなければならない<sup>(8)</sup>。不明確な規範を個々の文脈の中で「具体化」すれば、当該規範・指示がその文脈の中で何を意味し、何を要求しているかを決定することができる。これは、換言すれば「規範に明確な形を与えること (shaping)」であるといつてよい<sup>(9)</sup>。憲法上の不明確な規範・指示を特定のコンテキストの中でどのような具体的な形を与えるかについて調査するのが、「規範的探究 (normative inquiry)」であつて、先の「解釈的探究」と区別される。

さいごに、司法部の適切な役割をめぐる問題として、「司法ミニマリズム」——「司法最小主義ともいうことができる——という概念を登場させている点である<sup>(10)</sup>。詳しくは後述するが、ペリーによれば、司法ミニマリズムは相互に補完的でありながらも、つぎのような異なる二つの立場から成るという。その一つは「解釈的ミニマリズム (interpretive minimalism)」といわれるものであつて、憲法テキストを解釈するさい裁判所、なかんずく最高裁の適切な役割に関する立場をいい、もう一つは「規範的ミニマリズム (normative minimalism)」といわれるものであつて、これはテキストにあらわれている不明確な指示を具体化するさい最高裁の適切な役割に関する立場である<sup>(11)</sup>。要約すれば、前者は「解釈的探究」に対する裁判所のアプロウチの問題、後者は「規範的探究」に対する裁判所のアプロウチの問題といふことができる<sup>(12)</sup>。

簡単な説明にとどまったけれども、以上が議論の前提となる概念と分析枠組に関する説明である。これによつて、ペリーはどのような理論を展開しようとしているのか、この点をつぎにのべてみたいと思う。

(三) ペリーはまず自分の立場として原意主義をとることを表明する。かつて非原意主義の立場をとつたペリーが、その後「原意主義」を支持し、さらに「洗練された原意主義 (sophisticated originalism)」へと立場を移行させたことは、きわめて興味深い転向ではあるけれども、本稿の目的と直接にかかわらないのでここでは立ち入

らない。

本論文における彼の結論を先取りすれば、原意主義は必ずしも司法ミニマリズムを伴うものではなく、原意主義の立場をとりつつも、非ミニマリズムの立場をとりうることを論証している。つまり原意主義≠非ミニマリズムがペリーの見解なのである。

右の結論を得るためには、まず原意主義と司法ミニマリズムとの関係、すなわち原意主義と解釈的ミニマリズム、および原意主義と規範的ミニマリズムとの関係が明らかにされなければならない。以下、これらの関係についてペリーの説明をたどってみよう。

原意主義は基本的には「憲法とは何か」という一つの解釈的な議論であって、この問いに対して原意主義者は憲法規定に対する憲法制定者の理解（始原的理解）にいわば特権を付与する（privilege）見解であり、始原的に理解された憲法テキストこそが憲法裁判において權威あるものとして扱われるべきだという主張である<sup>14</sup>。前記のペリーの枠組に即していえば、これは「憲法の具体化（constitutional specification）」ではなく「憲法の解釈（constitutional interpretation）」に関する一つの立場、すなわち「解釈的探究」についての一つの立場に他ならない。原意主義者にとっての「解釈的探究」とは、したがって憲法の始原的意味を捜し求める「歴史的探究（historical inquiry）」ということになる。これと紛らわしい概念に「解釈的ミニマリズム」というのがあるが、これは司法審査の反多数者支配的性格を理由にして、裁判官の司法裁量の余地をミニマムにすることであり、司法過程における裁判官の「主観性（subjectivity）」——裁判官個人の政治道德的価値、好み、選好——の役割を最小化する主張である<sup>15</sup>。こうした解釈的ミニマリズムは、前述したようにもっぱら最高裁の適切な役割に向けられた議論である点において、憲法解釈の一つの立場である原意主義とは異なる。両者はこのように概念上区別され

るのである。

ところが、ボーク (Robert Bork) やスカリア (Antonin Scalia) に代表される原意主義者は、憲法上の紛争解決にあたって裁判官の主観や司法裁量の入り込む余地はほとんどないという立場を同時にとっていたことから、原意主義は同時に司法ミニマリズムを伴うものとして誤って一般に観念されてきた。ペリーによれば、憲法の始原的理解をめぐって一つの結論しかない場合はごくまれであって——この場合、原意主義は司法ミニマリズムを伴うことになる——、始原の意味が不明確 (歴史の不明確) であるために複数の結論が併存することの方が多いいわなければならない。かかる場合、原意主義者の司法役割観 (conception of proper judicial role) が結論を左右する一つの重要なファクターとなる。<sup>16)</sup>たとえば、前記の原意主義者のように「法」と「政治」を画然と区別し、裁判官の司法裁量を極力排除する立場 (原意主義者＝解釈的ミニマリスト) をとれば、同じような妥当性を有する複数の結論の中から司法裁量の余地のより少ない方、つまりより明確性を有する解釈 (reading) の方を採用しがちとなる、あるいは複数ある結論の中で一つの結論を他の結論よりも歴史的妥当性があるものとみなしがちとなる。<sup>17)</sup>

このような原意主義者＝解釈的ミニマリストの立場が成立するのと同様に、原意主義者＝解釈的非ミニマリストもまた成立しうるとみるのが、ペリーの主張である。始原の意味をめぐって複数の解釈が存在し、しかもそのいずれも同程度の歴史的妥当性を有する場合、裁判官は必ずしもより明確性を有する解釈を選択するとは限らない。その論証として、二人の原意主義者、スカリア判事とマッコネル (Michael W. McConnell) 教授を引き合いに出して両者を対比する。<sup>18)</sup>第一修正の「信教の自由」の始原的意味をめぐって、最小限の司法裁量しか認めないスカリアは当該規定を「差別待遇の禁止」の規定とみるのに対し、より広い司法裁量を認めるマッコネルは

「差別待遇の禁止<sup>プラス</sup>・免除」の規定とみる点に着目し、原意主義者が必ずしも司法ミニマリストを伴うものではなく、論者の抱く「司法役割観」が結論に影響を与える重要なファクターであるとするのである。

ペリーは以上のような裁判官の司法役割観の重要性を指摘すると同時に、結論を左右するものとして裁判官の政治道徳 (political morality) の重要性もあわせ指摘する。「裁判官の」司法役割観と政治道徳の両者が明確な探究を何とかして始原的意味に変えてしまう<sup>(19)</sup>のである。これと同じことが原意主義と規範的ミニマリズムにもあてはまる。

四 規範的ミニマリズムの問題を扱う前に、「テキストの不明確性 (textual indeterminacy)」と「規範の不明確性 (normative indeterminacy)」の区別に分けなければならない。政治共同体においてはその構成員間で当該テキストが何を指示しているかにつき、意見が一致しないという意味において「テキストの不明確性」ということがいわれる。たとえば原意主義者にとってみれば、「テキストの不明確性」は「歴史の不明確性」に他ならない。これに対し、「規範の不明確性」とはつぎのような意味に用いられる。すなわちテキストによって表示される規範・指示は紛争解決との関連で当該指示が何を要求しているかについて、複数の結論が存在するという意味である<sup>(21)</sup>。規範の不明確性や法的指示の不明確性はことに権利と自由にかかわる「憲法上の指示の不明確性 (indeterminacy of constitutional directive)」——憲法テキストにあらわれた不明確な指示をいい、単に「憲法の不明確性 (constitutional indeterminacy)」ともいう——において一層問題となる<sup>(22)</sup>。

「規範的探究」がこうした憲法上の指示の不明確性に焦点をあて、紛争解決のコンテキストの中で当該指示を明確にし、具体化することであることは既述した。この規範的探究に対して最高裁はどのようなアプロウチをとるべきかが、つぎに問われなければならない。それは重要な (large) 役割か控え目な (small) 役割か (大きい役割

か小さい役割か)、もしくは積極的な (active) 役割か消極的な (passive) 役割か。この問いに対して「規範的ミニマリズム」の立場とは、法の中に含意された合理的な具体化であるかぎりそれらに敬意を払つて (deferring) によって、あるいは不明確な憲法上の指示に違反すると主張されている政府の行為に従うことによって、司法裁量をミニマムにする裁判所の立場をいう<sup>(23)</sup>。したがって、このような敬讓的かつ消極的な役割が規範的ミニマリズムの望ましい司法役割観なのである。

司法ミニマリズムをより徹底した場合、それは解釈的ミニマリズムと規範的ミニマリズムの両方を含むことになる。まずは解釈的ミニマリズム——ちなみにスカリアは解釈的ミニマリストである——を先行させ、それが駄目な場合、すなわち歴史的根拠が乏しく、不明確な指示しか存しない場合、つぎに規範的ミニマリズムの立場をとることになる。前述したように、この立場をとれば裁判所は具体化のために二次的責任しか負わず、不合理でないかぎりそうした具体化に敬意を払って政治部門の行為に従うのである。「解釈的ミニマリズム」と「規範的ミニマリズム」とはこのように相補的な関係にたつ<sup>(24)</sup>。

さて、「規範的ミニマリズム」の拠り所についてペリーはこれまでの論調を一転させ、ほぼ百年前のセイヤー論文を引き合いに出して論述し始めている。セイヤー論文についてペリーが引用する箇所は一での要約と重複する所が多く、再度引用することは控えるが、要するに規範的探究に対する最高裁の果たすべき役割の問題について、セイヤーの解答がミニマリストの解答に他ならないことを示している。すなわち最高裁は憲法上の指示をどのように具体化すべきかにつき、自分自身の見解に基づくのではなく、立法部の行為の中に含まれた具体化が合理的であるかぎり、合憲性が問題になっても当該具体化に基づいて憲法上の紛争を解決しなければならない<sup>(25)</sup>。ここでは、裁判官の価値判断の余地はきわめて少ないことになる。



いま一つセイヤー論文についてペリーの注目するところは、セイヤーのミニマリズムの論拠となっている民主主義観である。セイヤーのミニマリズムは、政治責任を負う機関、たとえば連邦議会が憲法上の問題解決能力を十分に備えているという信念に基づくものでもなければ、また政治責任を負う機関が人民を代表しているという信念に基づくものでもない。終局的な主権者である「われわれ人民 (We the people)」こそが憲法上の問題解決に最終的な責任を負うべきだという民主主義観に根ざしている。セイヤーは後になって、「司法審査が不可避場合においても、司法審査は常に重大な害悪を伴う。すなわち「司法審査は」立法上のミスを外部から是正することであり、かくして国民は正規の方法で問題を解決し、自分のミスは是正するという政治的経験、道徳的知識、および刺激を消失してしまう。この重大な機能〔司法審査〕が一般化し、安易にこの機能を用いる傾向になれば、現在嘆かわしい程にありふれているが、人民の政治能力の発育を妨げ、道徳的責任の感覚を失わしてしまう」と指摘する。このことは先の民主主義観と趣旨のことをあらわしている。最高裁が人民を代表しようとすればする程、つまり非ミニマリスト的アプローチをとればとる程、国民は人民主権 (popular sovereign) としての機能を停止してしまうという懸念に基づいている。<sup>(27)</sup>

こうしたセイヤーの規範的ミニマリズムに対して、ペリーはどのような評価を下すのであろうか。ペリーによれば、最高裁がミニマリスト的役割を果たすべきか否かの問題はあまりにも一般論的でありすぎるから、自分の問題関心から対象領域を「自由または権利」の問題に限定する。<sup>(28)</sup> その上で、(1) 不明確な憲法上の指示を具体化するプロセスは合理的であるのか、また合理的な具体化の中に善し悪し (better and worse) があるのか、(2) 最高裁は一般に政治責任を負う国民代表機関よりも、憲法の具体化においてすぐれた解答を用意することができると考える理由はあるのか、(3) 仮に理由があるとしても、政治責任を負う国民代表機関が当該具体化において主たる

責任を負うべきではないか、という三つの論点を提示し、これらに答えることによってミニマリスト的アプローチの価値を見きわめようとする<sup>(24)</sup>。

紙幅の関係から各論点の要点のみを述べるにとどまるけれども、ペリーはまず(1)について、不明確な憲法上の具体化がある種の政治・道徳的判断 (political-moral judgment) であり、政治・道徳的判断が一種の道徳的判断 (moral judgment) であると解した上で、道徳的判断が「正当性 (justification)」・「合理性 (reasonableness)」の問題なのか、それとも単なる「好み (taste)」・「選好 (preference)」の問題なのかを問う (道徳的判断、ひいては憲法上の指示の具体化がどのようなものかによって司法役割観が異なってくるからである。たとえば、具体化のプロセスを恣意的なものとしてとらえれば、ミニマリスト的アプローチが妥当とされる)。右の問いに対して、ペリーは政治・道徳的判断 (したがって憲法の不明確性の具体化を含む) を正当性の問題として捉え、憲法の不明確性の具体化を合理性の程度の問題と捉える考え方、すなわち「全体論的モデル (holistic model)」に賛意を寄せる<sup>(25)</sup>。この考え方は道徳的選好を単なる感覚の問題 (aesthetic matter) とみる道徳的ニヒリズム、一つの基準だけで正しさを判断するアルゴリズム的 (algorithmic) なドグマティズムのいずれも極端な見解として退け、いわば中間的な道をとったものといえよう。

このような全体論的モデルと、ペリーのかねてからの主張である道徳的多元主義 (moral pluralism)、そしてさらに非ミニマリスト的アプローチをとるとすれば、裁判官は何を根拠 (basis) にして——どのような前提か、誰にとっての前提か——憲法上の指示を具体化するのであろうか。まず裁判官は権威ある「法的前提 (legal premisses)」にのっとって判断を下すことが裁判官としての任務の中心となることはいうまでもない。これで結論を得られない場合、つぎに裁判官にとって権威あるものではないけれども、アメリカ社会に広く受容されているコ

ンセンサスを前提とする、それでも駄目な場合、司法役割についての自明の規範に反しないかぎり裁判官個人にとって権威ある前提に基づいて判断を下すことになる。<sup>(31)</sup> もっともどのような前提に立とうとも、裁判官が判断を下すプロセス、すなわち憲法の不明確性を具体化するプロセスは「独話的 (monologic)」ではなく「対話的 (dialogic)」でなければならないことを、ペリーはきわめて重視する。そうすることによって裁判官の判断の基準となった前提が明らかになり、その前提をめぐって論議が喚起され、かくして裁判官は慎重な態度 (deliberative stance) をとるようになるからである。<sup>(32)</sup>

つぎに残りの問題、すなわち最高裁は一般に政治部門よりも憲法を具体化することにすぐれているかという(2)の問題、および政治部門がその任にあたるべきではないかという(3)の問題である。これらの問題を一言でいえば、最高裁は主要な役割を担うべきか否かというペリー論文の中心的テーマに直結する論点である。この点につき、ペリーは二つの視点からの分析の必要性を指摘している。その一つはアメリカにおける「通常の政治 (ordinary politics)」に対する分析とその評価であり、もう一つは司法能力 (裁判官の能力) に関する問題である。ここでも論点を要約して示さざるをえないが、ペリーはまず「通常の政治」に対して強い懐疑の念を抱いている。アメリカ政治を分析した最近の諸論文を援用しながら、連邦議会議員の大多数にとって議員の任期 (incumbency) が根本的な重要性 (fundamental value) をもち、そのために議員が再選を願って自分の選挙区の利益や意見に迎合しやすくなること、およびマス・メディアとくにテレビの影響力が甚大であるために、通常の政治では重大な問題を明らかにし、論議し、かつ解決することが困難になっている事実を指摘する。<sup>(34)</sup> こうした見解に立つと、明確な憲法規範が具体的に何を意味するかを決定する場合、「通常の政治」がその主要な責任を負う場所 (locus) としてふさわしいかは問題であり、またセイヤーの助言に従うことによってあるいはミニマリスト的アプロウチを

とることによって、最高裁が通常の政治を促進させようとするれば、これも同様に問題である。

以上のように、ペリーは時には婉曲的な表現を交えつつ「通常の政治」に対する懐疑的態度を明らかにする。そして不明確な憲法規範を具体化する場所として、「裁判プロセスの方が少くともいくつかの点で立法や政策形成プロセスよりも一般に優れている」と考えるのである。その論証として、政治部門（連邦議会と大統領）と司法部とを対比するハート・ウェクスラー（Henry Hart & Herbert Wechsler）の見解を引用し、さらに非ミニマミストのアプロウチの擁護者であるビッケル（Alexander Bickel）の初期の見解を引用する。彼らの主張を要約すれば、<sup>36</sup>政治部門は首尾一貫した、明瞭な憲法上の原則を体系化することには適さないこと、政府の行為には直接的・現実的な効果が必要とするものと一般的・恒久的な価値にかかわるものととの二側面があって、立法部は後者にはむいていないことなどをあげている。

いま一つの問題は、裁判官の能力あるいは司法能力の問題である。「通常の政治」が前述のような状況にあり、しかも裁判プロセスの方が優るならば、担い手となる裁判官の能力あるいは資質が問われるのは当然のことである。この点についてペリーは、不明確な憲法上の指示を具体化することは一種の政治・道徳的判断（political-moral judgment）であるという前提に立ち、裁判官の能力について懐疑的な態度をとる人々は、結局は政治・道徳的判断をする裁判官の能力に懐疑心を抱いている人に他ならないことを指摘する。<sup>37</sup>それでは、どのような特性を持った裁判官ならば健全な（sound）判断を下すことができるのか。それは右翼とか左翼とかの党派的な裁判官ではなく、また政治・道徳的に一元的な裁判官でもなく、多元的な司法部の下ですぐれた学識となくなく真の対話的能力を備えた裁判官が望まじき裁判官像となる。裁判官が非ミニマリストのアプロウチをとるべきか否かの問題は、裁判官（司法部）が議会よりも政治・道徳的判断に優れた能力をもっているか否か、あるいはどの

程度の能力をもっているかにかかってくるのである。<sup>(38)</sup>

さいごにペリーは、再度解釈的ミニマリズムと規範的ミニマリズムの関係についてふれている。憲法を具体化する裁判プロセスに重大な問題点がないと考えるならば、すなわち規範的ミニマリズムの立場をとらないならば、解釈的ミニマリズムを受容する理由はほとんどなくなる。解釈的ミニマリズムは、結局裁判官が憲法を具体化する機会を減少させる戦術に他ならず、規範的ミニマリズムの論議は実質的には解釈的ミニマリズムと同一の論議となるという。<sup>(39)</sup>

(五) 以上のような論理から、ペリーはどのような結論を導き出すのであろうか。彼はまず、「ミニマリズムそのものは、〔政治〕能力の配分の問題 (problem in the allocation of competence) である」と捉え、その上で司法能力は他の部門と比べ、「比較的優れている (comparative good)」という判断に立つ。かかる点で、ミニマリストであるセイヤー理論をペリーは排斥することになるが、かといって非ミニマリストのブレナン (William J. Brennan, Jr.) 判事に与するのでもない。司法能力からいって、憲法のあらゆる領域に及ぶのではなく、対象を限定しようとするのである。ここでペリーはイリイ (John Hart Ely) の論文<sup>(41)</sup>を引き合いに出しながら、イリイ理論そのものはミニマリスト的アプロウチの是非を論じたものではないけれども、最高裁の果たすべき役割の問題に関連しているという。イリイは原則として多数決によって公共の問題を決定すべきであると考えているが、その例外として裁判所が関与すべき三つの場面を指摘する。(1)多数派が投票で政治過程から他の人々を排除することを決定する場合、(2)多数派には有利に、少数派には不利になるような規制を多数派が立法化する場合、(3)その他の特別の規制によって多数派から傷つけられやすく、憲法上明記されている権利が問題となった場合、である。<sup>(42)</sup>

ペリーはイリイの(1)から(3)までの場面について賛成しながらも、同時にイリイにセイヤー流の消極的姿勢があ

ることを指摘する。たしかに、平等や自由の問題について最高裁が十分な感受性をもたず、過度に臆病になるために、憲法上の価値を公平に扱うことができないだろうという可能性は否定しがたいとしても、最高裁に第二次的な役割しか期待できないということにならない。Barnette の事件<sup>(43)</sup>でのフランクファーター (Felix Frankfurter) 判事のセイヤー的パフォーマンスが示すように、議会が政治選択をするのは人々の間に合憲性について意見が一致するまれな場合であり、そこでセイヤー的アプローチをとれば、結局憲法上の指示は置き去り (marginalize) にされてしまう。<sup>(44)</sup>このように考えるペリーは、つぎのように結論づける。憲法裁判 (constitutional adjudication) と異なったメカニズム、すなわち裁判的メカニズム (judicial mechanisms) とは異った政治的メカニズムの方が当該指示を保護するのに適している場合——権力分立や連邦制に関する憲法上の指示の場合をさす——、当該指示は取り残しておくべきであるが、多くの重要な権利・自由については政治的メカニズムの方が憲法裁判よりも適しているとは判断しがたい、<sup>(45)</sup>と。

全体を締めくくるにあたって、ペリーは「法 (law)」と「政治 (politics)」との関連性、および憲法裁判に伴する多様な機能に言及している。憲法の不明確性を裁判によって具体化する「憲法裁判」は、政治から懸け離れて存在するものではなく、「アメリカ政治共同体の全体の政治 (overall politics) の一部であ<sup>(46)</sup>り」、それは政治・道徳的価値の判断を含む。そのかぎりでは、裁判官がミニマリスト的アプローチをとるかどうにかかっている。また司法審査権を行使することによって、裁判所、とりわけ最高裁は多様な機能を営む。たとえば政治共同体を代表する機能を営んだり、論議を促進する「制度的フォーラム (institutional forum)」となったりする。さらに憲法裁判は二つの機能、すなわち保守的 (conservative) ・自己批判的 (self-critical) 機能に加えて、創造的 (creative) ・組成的 (constitutive) 機能を営む。のみならず、それは過去指向的 (backward-looking)

と未来指向的 (future-looking)、權威的 (authoritarian) と実用的 (pragmatic)、というように異った方向性を併有している。<sup>(1)</sup>つまりペリーはボークのように「法」と「政治」を瞭然と分離 (disjunction) するのではなく、両者を結合 (conjunction) することによって右のような憲法裁判の實際を説明しようとするのである。

かなりの厚みのある論文だけに、右の概観は粗雑の感をぬぐえないけれども、以上がペリー論文の主内容である。この論文からも、この一〇〇年間にアメリカの司法審査理論が大きく発展してきたことを伺い知ることができる。とすれば、セイヤー論文との間に、司法審査理論をめぐって大きな量的・質的な差異が生ずるのはいわば当然だといわなければならない。

(注(一)) その一二をあげないが、Symposium, *One Hundred Years of Judicial Review: The Thayer Centennial Symposium*, 88 N.W. L. Rev. 1 (1993) の各論文を参照にされた。

- (2) Michael J. Perry, *The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism*, 88 N.W. U. L. Rev. 84 (1993) [hereinafter Perry's Minimalism]. は同の内容が著書になつてゐる。MICHAEL J. PERRY, *THE CONSTITUTION IN THE COURT: LAW OR POLITICS?* (1994). ヱリーの憲法解釈について Michael J. Perry, *The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional "Interpretation"*, 58 S. C. L. Rev. 551 (1985); *The Legitimacy of Perticular Conceptions of Constitutional Interpretation*, 77 Va. L. Rev. 669 (1991). 著書として、以下のものがある。一九八二年に、I CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS (戸部信喜監訳『憲法・裁判所・人權』)、同書を詳しく検討するものとして、猪股弘貴「司法と憲法上の政策形成——M・ペリー教授の所説を中心として——」(1)(2)『早稲田法学』六一巻二二二頁(一九八六)、同六八

卷三・四号一三三頁(一九九三)。一九八八年に、2 MORALITY, POLITICS, AND LAW を、そして一九九一年にはこの続編として、3 LOVE AND POWER: THE ROLE OF RELIGION AND MORALITY IN AMERICAN POLITICS を刊行している。

- (3) 原意主義について、すぐれた紹介に野坂泰司「テキストと意図——アメリカにおける原意主義——非原意主義論争の意義について——」芦部信喜古稀祝賀・現代立憲主義の展開(下)七三二頁(一九九三)、同「原意主義論争と司法審査制——最近のアメリカにおける理論状況について——」ジュリスト一〇三七号四六頁(一九九四)。

- (4) Perry's *Minimalism*, *supra* note 2, at 115.

- (5) *Id.* at 83. もともと、ペリーは基本的な分析枠組として①テキスト対規範、②テキストの不明確性対規範の不明確性 (the indeterminacy of a text vs. the indeterminacy of a norm) ③テキストの解釈対規範の具体化 (the interpretation of a text vs. the specification of a norm) という順序で説明がなされている。しかし本稿では、このような順序に必ずしも従っておらず、私なりの整理をしたことをお断りしておく。

- (6) ペリーによれば、指示 (directives) とは裁判所が執行する義務を負うものであるのに対し、規範 (norms) とは裁判所が敬意を表することを期待されるものをいう。Perry's *Minimalism*, *supra* note 2, at 107. 両者の区別が論文の中で一貫して用いられているか、両者の区別が判然としているか、という点については、私にはやや疑問に思われる。また norm のかわりに value が用いられる場面もある。

- (7) ペリーは「法規範、あるいは〔法的〕指示の文脈的意味 (contextual meaning) を理解すること、同様にある事件に規範を『適用すること (applying)』との間には差異はない」(*Id.* at 93) ともいう。しかし別の箇所では、明確な法的指示を適用するプロセスはその本質上演繹的であるが、不明確な法的指示を具体化



するプロセスは本質上演繹的ではない、と指摘している。(Id. at 110)

- (8) Id. at 85.
- (9) Id. at 108.
- (10) Id. at 86.
- (11) Id. at 95.
- (12) Id. at 86.
- (13) ペリー理論を簡潔に整理したものとして、紙谷雅子・長谷川晃・吉田邦彦「アメリカ憲法訴訟基礎論——ペリー教授北大講演レポート——」ジュリスト九二号一一六頁(一九九一)。
- (14) Perry's *Minimalism*, supra note 2, at 88.
- (15) Id. at 117. こうした議論の背景には、裁判における裁判官の主観性を許せば多数者支配主義 (counter-majoritarian) に反するとみるからである。
- (16) Id. at 96-97. 注(4)はこうした文脈で書かれたものである。もっとも、野坂・前注(3)「テキストと意図」七五四頁においては、二つ以上の読みが等しく、歴史的に妥当であることは稀であり、原意の歴史的探究の過程において司法の適正な役割の観念がある程度この読みに影響を及ぼすが、ペリーのいうように決定的なものとみてよいかという点に、疑問を提する。私も同様の印象を受けたが、ペリーの重点はむしろ規範的探究にあり、その場面では司法役割観が大きく影響を与える結果、解釈的探究にもこのことが反映すると考えたのではないかと思う。スカリアの原意主義よりも司法役割観が大きく結論に影響している点を指摘するもの  
v. Kathleen M. Sullivan, *Forward: The Justice of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 82-83 (1992).

- (17) *Id.* at 97.
- (18) *Id.* at 100-101. なおマッコネルについては、第一四修正の始原的理解として人権差別禁止規定が教育分野にまで及ぶものかどうかにつき、最近興味深い論争がある。Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decision*, 81 VA L. REV. 947 (1995). これに対する反論として、Michael J. Klarman, *Brown, Originalism, and Constitutional Theory: A Response to Professor McConnell*, 81 VA. L. REV. 1881 (1995).
- (19) *Id.* at 105.
- (20) *Id.* at 107-108.
- (21) *Id.* at 113. 規範の明確性、不明確性は、程度の問題であって、ある文脈の中で当該規定から導き出されるガイダンス（指図）の特定化の度合いのことをいう。
- (22) *Id.* at 108-109.
- (23) *Id.* at 105.
- (24) *Id.* at 118.
- (25) *Id.* at 120.
- (26) *Id.* at 125. JAMES BRADLEY THAYER, GOHN MARSHALL 106-107 (1901). なお同書は未見のため、ペリーの論文に依拠した。
- (27) *Id.* at 126. ただしこの言葉はカーンの言葉でもある。PAUL W. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY 87 (1992).
- (28) ペリーはミニマリストのアプローチが適用される領域として、連邦主義と三権分立の分野をあげる。1 PERRY, *supra* note 2, at 41-49 (1982). 同様な考え方をとる者に、Stephen L. Carter, *From Sick Chicken to*

Synar: *The Evolution and Subsequent De-Evolution of the Separation of Powers*, 1987 B. Y. U. L. Rev. 719.

- (29) Perry's *Minimalism*, *supra* note 2, at 127-128.
- (30) *Id.* at 137-138.
- (31) *Id.* at 134-135.
- (32) *Id.* at 135.「憲法の不明確性を具体化することは、個人的なものではなく、集合的な政治・道徳的判断の実例である」(*Id.* at 136)とし、これに全体論的説明を加味することによって、当該具体化が単なる「好み」や「選好」とは異なることを、ペリーは指摘している。さらに、合理性のある具体化の中には、優劣のあることや正当性に強弱のあることもあわせ指摘している。
- (33) *Id.* at 140. このような議員の任期がもっとも重視される政治制度の下では、不明確な憲法規範を真に熟慮し、十分な会話によって具体化することは、アメリカのような政治的多元社会 (politically heterogeneous society) における、しばしば適格的ではないことも、指摘している。
- (34) *Id.* at 139-140.
- (35) *Id.* at 142.
- (36) *Id.* at 142-144.
- (37) *Id.* at 144.
- (38) *Id.* at 147.
- (39) *Id.* at 148.
- (40) *Id.* at 149.
- (41) ペリーが引き合いに出しているのは、JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

- (42) Perry's *Minimalism*, *supra* note 2, at 151. 当初イリイは憲法上明示されていないが、裁判所が保護するのにふさわしいものとして(1)と(2)をあげたが、後に(3)を追加した。この点については、John H. Ely, *Another such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are No Different from Legislatures*, 77 Va. L. Rev. 833, n4 (1991).
- (43) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U. S. 624 (1943). エホウアの証人の子供が国旗への敬礼を拒否した事件。フランクファーターは反対意見で自制論を展開した。
- (44) Perry's *Minimalism*, *supra* note 2, at 152-153.
- (45) *Id.* at 153.
- (46) *Id.* at 161. もっともペリーは現在のアメリカの司法審査制を全面的によしとするのではなく、裁判官の任期制やカナダのような改革の必要性を提案している。
- (47) *Id.* at 163-164. ペリーは、人間善 (human good) の概念を用いたり、憲法裁判の基本的目的がアメリカ政治共同体の善にあり、その善はアメリカ政治の伝統、すなわち憲法的伝統によって作り出されるという。

#### 四 若干の考察

(一) 右に概観したペリー論文を評価するには、まずセイヤーの時代から今日までのアメリカの司法役割論の展開を、ごく簡単に整理しておく必要がある。

アメリカの最高裁の歴史をふりかえると、司法積極主義 (judicial activism) と司法消極主義 (judicial passiv-

ism)ないし司法の自己抑制 (self-restraint) とが反復し、交互に出現したことはよく知られている。<sup>①</sup> この司法積極主義、消極主義という概念は、政治部門の措置に対して最高裁が積極的に関与するかどうか、最高裁の姿勢や傾向をあらわすものとしてかなり漠然と用いられてきた。<sup>②</sup> そしてその果たす役割は、その時期、その時代の社会的状況によって相対的に決まるものであって、たとえば司法積極主義がつねに進歩的であり、司法消極主義が保守的であるとは限らない。

セイヤー論文が「はじめに」にもふれたように、現代司法審査制の「出発点」、あるいは「あけぼの」といわれるのは、司法審査権行使の重要な指針を与えたということだけでなく、司法消極主義の出発点でもあったからである。セイヤーが論文を書いたころは、ちょうど最高裁が実体的デュー・プロセス論を用いて経済社会的規制立法を積極的に無効とし始めた時期であった。私有財産権を擁護したり、反トラスト法違憲判決を支持したりする論調が目立つなかで、セイヤーはこれに対抗することがこの論文の執筆動機の一つであったといわれている。<sup>③</sup> 一八七〇年代から一八九〇年代の「金ばく時代」を「レッセ・フェールの保守主義」対「社会改革的革新主義」の相克とみるのではなく、ジャクスニアンの立憲主義の遺産をめぐる論争と捉えるのが、最近の研究成果のようである。<sup>④</sup> いずれにせよ、ニュー・デールにいたるまでの「オールド・コート」が社会経済分野の規制に対して「司法積極主義」をとったことはあらためて指摘するまでもない。セイヤーの自己抑制論は、こうした司法状況の中で司法抑制論者たち（ホームズ、ブランドeis、フランクファーターなど）にきわめて大きな影響を与えた。この間の歴史を詳述する余裕はないけれども、一九五〇年代初頭まで司法消極主義は隆盛をきわめることになった。しかしその後、「司法による政治改革」とまで揶揄されたウォーレン・コートが出現し、今度は司法積極主義へと大きく転じたことも周知のことであろう。

リアリズム以降のアメリカ憲法学の中で、ウォーレン・コート期はすこぶる実りの多い時期でもあったように思われる。ウェクスラー (Herbert Wechsler) の「中立性の原理」やジャックル (Alexander Bickel) の「受動的美徳」に代表される「プロセス法字」がウォーレン・コートの司法積極主義に批判的な論議を展開したのに対し、コックス (Archbold Cox) やブラック (Charles Black) がウォーレン・コートの擁護者として論陣をはったり、これに加えてシャピロ (Martin Shapiro) やミラー (Arthur A. Miller) は政治学的法学を提唱するという具合である。<sup>(5)</sup> こうした多彩な論争には、司法の本質、憲法解釈、司法部の果たす役割をめぐり種々の意見の対立を含んでいたけれども、最高裁の姿勢や傾向をあらわす司法積極主義対司法消極主義の対立は鮮明で、大きな意味をもっていたように思われた。もっともこの時期における司法消極主義といっても、セイヤーのいう「明白な誤りの基準」にもとづいて議会に全面的な敬議を示すハンド・オフに近い司法消極主義ではなく、何んらかの原理にもとづく裁判を要請するものである点において、セイヤー理論と大きく異なる点に留意しなければならない。

ところが、バーガー・コート、レンクェスト・コートへと移るにつれて、かつてのような明確な交替劇が姿を消し、司法消極主義と司法積極主義が同居する——これはいつの時代にもいいえたことではあるが——に至り、この対立図式が色あせてきた。問題はもはや司法積極主義か司法消極主義かではなく、どの領域に積極主義が妥当し、どの領域に消極主義が妥当するのになった。それにもまして重要な問題は、*Ree* 判決を一つのきっかけにして、憲法の解釈基準をめぐり、解釈主義対非解釈主義、原意主義対非原意主義という対立図式が一層鮮明化してきた。

裁判所の適切な役割はいかにあるべきかという問題は、ふり返ってみれば、それを意識したにせよ無意識であったにせよ、歴史上繰り返し論じられてきたはずであったが、右のような潮流の中にあつて今回ペリーが司法

ミニマリズム対非ミニマリズムという新たな枠組を提示したことは、やはり注目すべきであろう。

(二) 次に問題となるのは、このような新たなところが成功したかどうかである。私にはこのところが現時点で成功したとは、にわかに断じがたいように思われる。たとえば、シンポジウムの参加者の一人、レディシュ(Martin H. Redish)はつぎのような三つの問題点を指摘しているからである。<sup>(6)</sup> まず第一に、原意主義にまつわる問題点である。彼は単なる原意主義よりもペリーのとる「洗練された原意主義」の方が柔軟性にとんでいるとみるが、さりとて問題がないわけではなく、憲法解釈上多くの問題点をかかえているという。たとえば、起草者意思を確定する証拠が實際上ほとんど存しないかあるいは全く存在しないこと、具体的適用について起草者はその意思を明示せずに将来の解釈に委ねた場合があること、起草者意思の確定という中立性をよそおうことによつて、裁判官自身の規範的問題を隠蔽してしまうこと、起草者意思確定の举证責任はどちらが負うかという手続上の問題が歴史上明らかでないこと、これらの問題点に加えて、原意主義は憲法テキストの解釈上の問題に直面しなければならぬことがあげられる。<sup>(7)</sup>

第二は、ミニマリズムにかかわる問題である。レディシュは、解釈的ミニマリズムとは憲法解釈につき出来るかぎり司法裁量を縮小させたいという立場をいい、他方規範的ミニマリズムは不明確な憲法上の指示を政治部門が合理的に解釈するかぎり、それに敬意を表して従うプロセスをいう、と解する。そして、「解釈的ミニマリズムは必ずしも政治部門に対して敬意を示すとは限らないことに注意すべきであ(り)」、<sup>(8)</sup> ときには逆の結果を招くことを、レディシュは指摘する。たとえば、権力分立の問題について解釈的ミニマリストのアプローチをとれば、より明確な形式主義の立場に与することになり、不明確な衡量テストを避ける結果、政治部門の能力を弱体化してしまう。他方、もし規範的ミニマリズムをとれば、政治部門の権限の拡大を招き、裁判所は憲法上の個人の権

利の守護者としての役割を事実上奪い去ってしまう。

第三に、原意主義兼ミニマリストにかかわる問題である。すなわち原意主義とミニマリストのいずれかを選ぶことはできたとしても、あらかじめ両者を兼ねることは理論上できない。というのは、起草者意思を歴史的に調査せずして、はじめから自からをミニマリストと規定する理由はないからである。ペリーは統治機構の分野では規範的ミニマリズムの立場を堅持しているが、しかしながら起草者の意思はむしろ逆で、政治部門に対する不信と権力の集中を恐れたために権力分主制を規定したのであって、各部門にその権限の限界について広汎な解釈権限を委ねたものではない。たしかに原意主義者兼ミニマリストとなりうる場合がありうるけれども、それは起草者の意思が規範的ミニマリズムを要請している場合である。原意主義者は歴史上の手掛かりがない場合には、規範的ミニマリズムをとろうとする、というペリーの指摘は、正鵠をえている。これは偶然ではなく、原意主義者兼ミニマリストを言明する人は自分のイデオロギーと起草者の不明確な意思とを混同しているからである。そうすることによって、正当な主題から注意をそらしてしまふ<sup>⑩</sup>。

このようなレイシユの指摘には傾聴すべき内容が含まれているように思われる。第一の問題点はペリー理論だけにとどまる問題ではなく、原意主義一般にあてはまる問題であろう。原意主義については、野坂教授がいみじくも指摘するように、「原意主義が決してとるに足らぬ立場ではなく、それ自体論理一貫した方法論として成り立つもの<sup>⑪</sup>」と思われる。したがって、レイシユの疑問そのものは、私にはここで即答できる能力も余裕もないけれども、現在進行中の原意主義対非原意主義の論争にゆだねなければならぬであろう。第二の問題と第三の問題は、統治機構（連邦制、三権分立）に対するペリーの見解にかかわっている。今回のペリー論文の主要な対象は個人の権利・自由であることから、統治機構に関する彼自身の立場は必ずしも明確とはいえないけれど



も、レディシュの指摘が正しいとすれば、解釈的ミニマリズムは政治部門の判断の尊重には直結しない。他方規範的ミニマリズムをとれば、政治部門の判断の尊重に結びつくが、今度は原意主義に反しないかの疑問が生じてこよう。この点での疑問が残る。わけでも第三の問題点に、ペリーはどのように答えるのであろうか。もっとも、レディシュは論文を結ぶにあたって三〇年以上も前のウェクスラーの「中立性の原理」に舞い戻る点に、私にはいささか違和感を禁じえないけれども、彼の指摘には十分に検討すべき内容を含んでいると思う。

やうに、ペリー論文を批判的観点から検討する者としてシェリー (Suzanna Sherry) をあげなければならぬ。彼女はまず憲法制度者が司法ミニマリストであったかどうかの問題を取りあげて、歴史的記録からすれば、「本来の原意主義はほぼ確実に非ミニマリストであったと考えられる」と言明する。歴史的根拠として、当時の憲法制定者は民主主義に不信をいだいていたこと、一七七〇年代の各邦での経験から行き過ぎた民主主義は危険であると考えるように変化したこと、古典的共和主義観が制定者に影響を与えたこと、などを指摘しながら、シェリーはこうした考え方をした制定者が国民からもっとも遠い存在である司法部に自由裁量的な憲法解釈をゆだねてもおかしくないという。つまり、「原意主義は本当のところ非ミニマリストである」<sup>(13)</sup>。このような歴史的事実に対してペリーはどう答えるのか、その解答を彼女は彼の近著の中に見いだそうとする。同じ第一四修正の平等保護条項においても、差別の特性(非白人か、女性か、ホモカ)によって審査基準が異なる——その結果、ある場合にはミニマリスト的アプロウチを、他の場合には積極的アプロウチをとる——ことから、ペリーは「常に原意主義者でありながら、場合によってミニマリストである」<sup>(14)</sup>というユニークな態度をとっているという。シェリーは、結局ペリーが部分的な(ゆるやかな)ミニマリストの立場を「歴史」の問題として正当化するというよりもむしろ「政策」の問題として正当化しており、最高裁の判決の是非より実体の問題、すなわちどのような政策が

必要なのか、それを得るには何を必要とするかの議論が欠かせないという。

やいごに、モラル・リアリスト（道徳実在論者）とミニマリズムとの関連に言及するスミス（Steven D. Smith）を取りあげてみたい。<sup>15</sup> ポークのような人々は、原意主義が司法ミニマリズムを伴うと考えたのではなく、立憲民主主義が原意主義と司法ミニマリズムの両者を伴うと考えたのであり、こうした考え方によれば、憲法テクストの不明確性は司法積極主義を促すのではなく、司法の敬讓の機会を提供することになる。スミスは、さらにモラル・リアリストの一人としてペリーをあげ、彼の主張が司法の役割の拡大を提唱しているけれども、モラル・リアリズムはむしろセイヤー流の司法役割論と両立するという。そのことを説明するために、モラル・リアリズムの特徴を五点あげる。<sup>16</sup> ペリーの規範の不明確性の用い方には矛盾があり、フィニス（John Finnis）のいうようにモラル・リアリストは道徳の階層性（序列性）を否定しており、複数の正しい答えがあつて、この立場はむしろ司法ミニマリズムを導く。つまり、司法ミニマリズムは原意主義からではなく、民主的政治共同体から導びかれるものであつて、モラル・リアリストはむしろセイヤー理論に適合すると説く。

注(1) アメリカについて詳細な整理をするものとして、松井茂記・司法審査と民主主義八二—一五九頁（一九九

一）、中谷実・アメリカにおける司法積極主義と消極主義（一九八七）。日本とアメリカの両者を扱うものとして、さしあたり新井章「司法の積極主義と消極主義」戸部信喜編・講座憲法訴訟三卷一八七頁（一九八七）。

(2) 松井・前注(1) 一五二頁。なお、わが国ではこの概念をめぐる一連の論争がある。

(3) Jay Hook, *A Brief Life of James Bradley Thayer*, 88 Nw. U.L. Rev. 1, 7 (1993). この他に、イギリスでの体験や政治活動も執筆の動機とされている。もっともこうした見方に対して、セイヤーはむしろ積極的司

法審査に関心を寄せ、改革主義的立法に対する反対を和らげる意図があった、とする指摘もある。Mark Tushnet, *Thayer's Target: Judicial Review or Democracy?* 88 Nw. U. L. Rev. 9, 10-11 (1993)。トニー・マッソンは派々の関連を論ずるのふたつに、G. Edward White, *Revisiting James Bradley Thayer*, 88 Nw. U. L. Rev. 48 (1993)。

- (4) Tushnet, *supra* note 3, at 12.
- (5) 松井・前注(一)九〇—一二頁。
- (6) Martin H. Redish, *Taking a Stroll Through Jurassic Park: Neutral Principles and the Originalist-Minimalist Fallacy in Constitutional Interpretation*, 88 Nw. U. L. Rev. 165 (1993).

- (7) *Id.* at 166-168.
- (8) *Id.* at 169.
- (9) *Id.* at 169-170.
- (10) *Id.* at 170-171.
- (11) 野坂第三節注(3)七三三頁。
- (12) Suzanna Sherry, *An Originalist Understanding of Minimalism*, 88 Nw. U. L. Rev. 175, 176. (1993).
- (13) *Id.* at 179.
- (14) *Id.* at 182.
- (15) Steven D. Smith, *Moral Realism, Pluralistic Community, and the Judicial Imposition of Principle: A Comment on Perry*, 88 Nw. U. L. Rev. 183 (1993).

- (16) 五つの特徴とは、①道徳律は原理から成ること、②この原理の内容は明らかでないこと、③対話や議論を

通して原理の意味を知ること、④政治・道徳上の問題について一つの正しい答えがない場合も、この原理はよし悪しの答えを提供すること、⑤モラルの原則は政治共同体によって受容されること。

## 五 むすびにかえて

セイヤーの「起源と範囲」論文を出発点にし、ついでペリーの論文を、それも限定したやり方でしかなかったけれども、考察してきた。こうした作業を通して、現代アメリカ司法審査制の直面する論点の一つが提示できたのではないかと思う。それは裁判所、ことに最高裁の適切な役割はいかにあるべきかという問題である。たしかに、過去の最高裁の歴史をふりかえってみると、この問題は程度の差こそあれ、常に司法審査制に伴う問題であって、目新しい問題ではない。

しかしながら、ペリーの提示した司法ミニマリズムと非ミニマリズムの対立は、従来の司法積極主義と司法消極主義とも異っている。解釈的ミニマリズムと規範的ミニマリズムとの関係、原意主義と非原意主義との関係などについて、上述したようないくつかの問題点を含んでいるけれども、このような司法役割論はやはり注目されるべきであり、司法裁量論、憲法解釈論とのからみの中でその有効性を検証してゆかなければならないであろう。